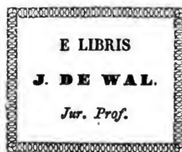
DISSERTATIO INAUGURALIS DISQUIRENS AN NOVATIO VOLUNTARIA ESSE POSSIT CITRA...

Johann Christian Hasse


E LIBRIS
J. DE WAL.
Jur. Prof.

Dissertatio inauguralis

disquirens

an novatio voluntaria esse possit citra stipulationem

quam

illustris

in academia Kiloniensi

ICtorum ordinis

consensu

pro

Gradu utriusque juris Doctoris

publice defendet

auctor

Johannes Christianus Hasse

Kiloniensis.

Kiloniae

typis C. F. Mohr.

1811.

An novatio voluntaria esse possit citra stipulationem.

§. 1.

Qui unquam animadvertit, quam arcta in iure Romano sit cognatio et coniunctio novationis, quam dicunt voluntariae (a), cum stipulatione et acceptilatione, facile mirari possit, has quidem in usu loquendi et fori fere evanuisse, illam autem etiamnum in ore omnium versari, et cum in arte, tum in rerum actu frequentari et quodammodo florere. Vix enim dies elabitur, quin apud iudicem de eo certetur, an novatio huic vel illi pacto insit, nec ne, nihilque frequentius ad aures accidit, quam novationis et delegationis vocabula. Contra vero de stipulatione et acceptilatione nemo cogitat, nisi fere qui antiquitatis studio tenentur. Atque ut maxime hoc primis scientiae nostrae conditoribus, qui fere omnes putarunt, nullam novationem voluntariam esse posse citra stipulationem, et utramque indissolubili vinculo inter se copulatam nexamque esse existimarunt, displicuisse dicendum sit; tamen inter nos iam consuetudo increbuit, rem aliter tractare, et alteram ab altera ita divellere, ut fere nullus nexus nullaque inter eas cognatio remaneat. Sed quo jure hoc fiat, et an non tota commentitia sit haec recen-

(a) Recentiorum nonnulli, e. g. *Höpfnerus* in commentar. ad Heineccii J. §. 986. 987. divisionem amant novationis in privativam et cumulativam. Quam quidem, veteribus ICtis nostris plane ignotam, spernendam esse, ex iis, spero, quae sequuntur, lucidissime apparebit. Hic tantum praemonendum, me novationis voluntariae termino eandem intelligere novationem, quam, quos laudavi, novationis privativae vocabulo denominare solent.

tiorum opinio de novatione sine stipulatione, paulo penitius inquirere, et hanc subtilem et fere oblivioni traditam quaestionem quasi resuscitare et denuo in lucem revocare, omnino operae pretium esse videtur.

§. 2.

Jam primum jure Romano omnem navationem voluntariam stipulationem fuisse, validis argumentis probari potest. Omnes enim facti species, quae in titulis Cod. et Pand. de novationibus propositae sunt, novationis, quae stipulatione aut litis contestatione facta est, mentionem faciunt, nec ullum in toto corpore juris Romani locum invenies, in quo, cum de novatione voluntaria agatur, silentium sit de stipulatione, aut certe illa haud subintelligenda sit. Atque frustra quidem objicerentur

L. 26. §. ult. D. de jurejur. (a) et L. 7. §. 6. D. de pactis (b). Nam quod ad primum caput attinet, jusjurandum delatum nullam

(a) *Paulus l. 18. ad Edictum:* Jurisjurandi conditio ex numero esse potest videri novandi delegandive, quia proficiscitur ex conventione, quamvis habeat et instar judicii.

(b) *Ulpianus lib. 4. ad Editum:* Adeo autem bonae fidei judiciis exceptiones postea factae, quae ex eodem sunt contractu, insunt, ut constet, in emtione caeterisque bonae fidei judicis, re nondum secuta, posse abiri ab emtione. Si igitur in totum potest, cur non et pars ejus pactione mutari potest? Et haec ita Pomponius libro sexto ad Edictum scribit. Quod cum est, etiam ex parte agentis pactio locum habet, ut et ad actionem proficiat, nondum re secuta, eadem ratione! Nam si potest tota res tolli, cur non et reformari, *ut quodammodo quasi renovatus contractus videatur?* quod non insubtiliter dici potest. Unde illud aeque non reprobo, quod Pomponius libris lectionum probat, posse in parte recedi pacto ab emtione, quasi repetita partis emtione.

secum ferre novationem, non difficile est probata. Etenim ejus nulla alia potestas est, quam ut, remissa quaestione, an debeatur, satis probatum sit ipso jurejurando (a). Nec igitur nova obligatio nascitur et vetus tollitur, sed haec remanet, et eo potius, quod ob jusjurandum praestitum nulla indigeat probatione, confirmatur (b). Itaque etsi

L. 9. §. 6. D. de jurej.

dicitur, actionem parere juramentum, hoc nihil aliud est, nisi jure Praetorio actionem jam eo solum satis fulciri, quod juratum sit, nec omnino concedi, principalem retractari causam. Fac autem, per jusjurandum novam oriri posse obligationem, tamen si juratum est deberi, nihil refert, utrum unquam debitum fuerit, et utrum unquam obligatio illa, de qua juratum est, vere extiterit, nec ne (c), plane aliter quam in novatione, quae, uti inter omnes constat, obligationem desiderat, quae ante extiterit et sublata sit per novae constitutionem. Argumentum praeterea ex

L. 25. D. de jurej.

sumi potest, ubi generaliter ponitur, servum jurejurando praestito domino obligationem et actionem acquirere posse, etsi haec non fiat peculiaris (si quidem ipse juramentum detulerit, ut alius quis, se non debere aut sibi deberi, juraret, hoc quoad peculium solummodo vim exercere potest (d)). Certi vero juris est, obligationem non peculiarem neque a filio neque a servo domino novari posse (e).

(a) L. 5. §. 2. L. 9. §. 1. L. 11. §. 3. D. de jurijur.
(b) cf. L. 9. §. 3. eod.
(c) L. 5. §. 2. cit. L. 9. §. 1. eod. e. q. s. r.
(d) L. 20. 21. 22. D. eod.
(e) L. 16. D. h. t. junct. L. 34. pr. D. eod. et L. 27. pr. D. de pactis.

Accedit, quod in L. 26. §. ult. cit. jurisjurandi conditio non solum novationi, sed eadem ex causa delegationi aequiparetur, quam vero proprio sensu juramento delato gigni non posse, quisque facile concedet. Quid? quod Paulus quasi incerto animo dicit, jurisjurandi obligationem ex numero esse *posse videri* novandi delegandive. Eodem modo continuo addit: »quamvis habeat et instar judicii", et aliis locis dicitur, jusjurandum pro pacto convento, pro solutione, pro acceptilatione cedere posse. Quare verus sensus L. 26. videtur esse, juramentum simile esse posse novationi, cum scilicet nova conditio ex conventione, quae juramento praecedat, oriatur, ita ut, veteri quaestione relicta, jurisjurandi duntaxat ratio habeatur. Stat igitur sentia haec, nunquam per juramentum veram oriri posse novationem.

Restat L. 7. §. 6. de pact. cit, cujus verba: *ut quodammodo quasi renovatus contractus videatur*, si aliquanto accuratius perpendas, non dubitare poteris, valde diversas esse locutiones has: novatio, et: quodammodo renovatus contractus. Quantum autem re ipsa discrimen sit inter renovationem illam contractus mutuo consensu factam, de qua in L. 7. sermo est, et veram obligationis novationem, infra videbimus.

§. 3.

Sed, inquies, cum Rom. ICti novationem stipulationi tam saepe jungant, hoc ex eo esse, quia usitatum fuerit apud eos, hujus ope illam perficere, nec ideo consequi, hoc perpetuum fuisse Definitionem adeo ipsam novationis, quae in L. 1. pr. D. de novat. invenitur, nullam facere mentionem stipulationis, sed solum requi-

rere, ut nova obligatio loco veteris substituatur. Et haec quidem hodie fere communis interpretum sententia esse videtur. Sed multa me movent, ut ab ea recedam. Etenim clari textus adsunt, e quibus patet, nunquam omnino apud Romanos quod illi novationem simpliciter, nostri voluntariam e L. 29. D. de novat. communiter vocant, factum esse sine stipulatione, eoque primum facit

L. 2. C. de execut. rei jud. Impp. Severus et Antoninus A. A. Justino: *Si causam judicati non novasti, rem judicatam Praeses provinciae etiam pignoribus captis et distractis ad emolumentum perduci jubebit. Quodsi novata causa est, ex stipulatu tibi actio competit, et judice accepto secundum juris formam experire.*

qui locus apertissime sententiam nostram confirmat. Quid enim apertius ad ejus confirmationom afferri potest, quam quod Imperatores rescripserunt, simulac id solum constaret, novatam esse causam, tunc etiam ex stipulatu actionem competere certum esse? Quo modo vero hoc certum esse potuisset, nisi novatione facta etiam stipulationem factam esse necessarium fuisset.

Non minus validum argumentum porro continet

L. 91. §. 6. D. de V. O. Paulus L. 17. ad Plautium: *Effectus hujus constitutionis ille est, ut adhuc homo peti possit. Sed et acceptum ei posse ferre creditur, et fidejussorem accipi ejus obligationis nomine. Novari autem an possit haec obligatio, dubitationis est, quia neque hominem, qui non est, neque pecuniam, quae non debetur, stipulari possumus. Ego puto,*

novationem fieri posse, si hoc actum inter partes sit, quod et Juliano placuit.

Quaerebatur nimirum, an si servus ab eo, qui illum deberet, occisus, et ideo continuata esset obligatio, haec novari posset? Jam quomodo in hac specie dubitatio ex eo depromi potuisset, quod stipulatio hominis, qui non est, non fieri possit, si et citra stipulationem fieri potuisset novatio? Decidit quidem Paulus, illam obligationem novari posse; sed eo commotus, quod, utut vetitum sit, stipulatione fieri posse, ut quis *primo* obligetur, rem dare, quae non est, tamen obligatio vetus talem rem dandi *jam existens* stipulatione in novam bene deduci possit.

His accedit tertio

L. 6. C. si certum petatur. Dioclet. Maxim. Aristodemo et Proculo: *Si ex pretio debitae quantitatis, facta novatione per stipulationem, usuras licitas ab eo, contra quem supplicas, stipulatus es, falsa mutuo datae quantitatis demonstratio praemissa, cum obligationi substantia non defecerit, quominus usque ad modum placitum usurae possint exigi, nihil nocet. Si vero citra vinculum stipulationis tantum mutuam pecuniam datam conscriptum est, et ejus praestari foenus convenit, simulatis pro infectis habitis, hujusmodi placitum nihil de praecedenti mutavit obligatione.*

Hic duo recensentur negotia, quorum alterum obligationem ad usuras praestandas parit, alterum autem nihil de veteri obligatione mutat, sed potius pro nihilo habetur, neque adeo efficit, ut usurae

debeantur. Ipsa autem ratio, cur in prima specie aliter judicetur, quam in altera, nulla profecto alia est, quam quod hic nulla novatio facta sit, illic secus. Ut autem perspicuum facerent, novationem in secunda Legis specie deficere, suffecit Imperatoribus dixisse, posterius negotium citra vinculum stipulationis gestum fuisse, in quo argumento profecto non substitissent, nisi novationem sine stipulatione omnino esse non posse necessarium duxissent.

§. 4.

Adjuvant deinceps probationem, quam suscepimus

L. 1. 2. D. de novation.

ubi dicitur, omnem praecedentem obligationem novari, et omnes res in novationem transire posse, quia qualiscunque obligatio *verbis* novari et qualescunque res in *verborum obligationem* transire possint;

L. 8. §. 1. D. eod.

quo loco Ulpianus, legata et fideicommissa tunc demum novatum iri, ait, *si in stipulationem fuerint deducta*, et hoc actum, ut novetur;

L. 29. D. eod.

ubi locutiones: (dotem) *in stipulationem deducere* et (tutelae actionem) *novare* fere eandem vim habent;

L. 31. §. 1. m. D. eod.

ubi, ut reus stipulandi debitorem novatione ab altero reo liberet, haec duo desiderari videntur, stipulatum eum esse, et id actum, ut novetur;

L. 34. D. eod.

quo loco Gajus, docens et filio servove jus esse peculiaria debita novandi, has duas solum species distinguit, si ipsi *stipulentur*, si alium *jubeant stipulari*; denique

L. 11. §. 1. D. eod.

qua Lege monemur, delegationem fieri vel per stipulationem, vel per litis contestationem, quare enim hoc delegationi, quae est species novationis, proprium esse, nec potius aequaliter in omni novatione locum habere debeat, ratio reddi non potest.

§. 5.

Firma igitur manet sententia eorum, qui putant, jure Romano voluntariam novationem non nisi stipulatione contingere potuisse. Praecipue eam defendunt Hugo Donellus (a) et Goeddaeus (b). Sed et inter interpretes, qui propius ad notra tempora pertingunt, plurimis haec sententia placuit, quorum tamen plerique jure Canonico rem aliter se habere, contendunt. Nimirum communis interpretum nostrorum schola existimat, postquam invaluerit, ex omni pacto actionem competere, et novationem nuda conventione, ita ut olim stipulatione, perfici posse. Sed me consideratio singularis naturae novationis in adversam trahit opinionem. Hoc pluribus forsan absurdum videbitur, sed quo jure, postea intelligemus, ubi causas aliquanto accuratius inspexerimus, quibus Romani moti ad omnem novationem voluntariam postulaverint opus esse stipulatione.

(a) Comment. L. XVI. cap. 20.

(b) de contrah. et committ. stipulat. cap. 5. no. 90.

Hugo Donellus (a), postquam docuit, non pluribus modis obligationem, qua novatio perficiatur, constitui posse, quam stipulatione et judicio, vera, ait, *haec causa est, quod nudo pacto obligatio prior civilis non tollitur, quae quidem nudo consensu non sit contracta.* Quae vero si unica causa fuisset, confestim exceptionem istam Voetii (b) cogeremur admittere: *nisi obligatio, quae praecessit, talis sit, ut vel natura sua, vel ex jure singulari, per pactum ipso jure tolli possit: ex jure quidem singulari, si civilis furti vel injuriarum obligatio et actio sit* (c), *ex natura vero sua, si naturalis tantum sit, quippe quae, uti pecuniae numeratione, ita et justo pacto ipso jure tollitur* (d). Sed illud perpetuum esse, stipulationem solam, nec igitur nudam conventionem ad novandum idoneam esse, supra ostendimus, et ex natura ipsa novationis, quam nunc animus est considerantius investigandi, adhuc magis elucescet.

§. 7.

Novatio est modus tollendi obligationem. Ideo in Pandectis et Codice titulus de solut. et liberat. titulo de novat. et delegat. annectitur, in Institutionibus vero titulo de modis tollendi obligat. etiam de novatione tractatur. Tollebantur autem apud Veteres obligationes eodem fere modo, quo constituebantur, propter vul-

(a) l. c.
(b) ad tit. P. de novat. et delegat.
(c) L. 17. §. 1. D. de pactis.
(d) L. 95. §. 4. D. de solution. junct. L. 35. D. de R. J. cf. L. 27. §. 2. de pactis.

gatam illam regulam, eo genere quidque dissolvi, quo colligatum sit (a). Solutione, confusione, compensatione, et quae his sunt similia, omnes omnino obligationes dirimebantur, acceptilatione, quae verbis fiebat, solum eae, quae verbis colligatae erant, mutuo dissensu eae dumtaxat, quae consensu mutuo erant contractae. Sed quos nominavi modi tollendi obligationem per se non ad eum casum spectabant, si hoc ageretur, ut non solum obligatio dissolveretur, sed et nova in locum ejus inter partes constitueretur. Quodsi nihil aliud contendebant, nisi ut loco naturalis obligationis alia poneretur itidem naturalis, hoc facile erat factu, quum qui priorem pacto tollerent obligationem, eodem quoque novam constituere possent, ita ut jam duo existerent negotia, quorum alterum resolvens, alterum constituens, uno eodemque actu diversam suam proderent naturam. Eodem fere modo subveniri potuit, si contractus, cui ex solo consensu vis fuit, re integra in totum aut pro parte quasi renovandus erat, nam et hic emtio, locatio (et quae sunt reliqua) prior eodem actu et consensu dirimebantur, quo nova contrahebatur; mutuus dissensus et novus mutuus consensus eodem negotio perficiebantur; cum novum eligebatur a veteri recedebatur; emtio prior infecta fiebat, et posterior incipiebat consistere, quasi nulla praecessisset, ut est in L. 72. D. de contr. emt. vendit. (b) junct. L. 2. de rescind.

(a) L. 35. D. de R. J.

(b) *Papinianus lib.* 10. *Quaestionum.* Pacta conventa, quae postea facta detrahunt aliquid emtioni, contineri contractu videntur: quae vero adjiciunt, credimus non inesse. Quod locum habet in his, quae adminicula sunt emtionis, veluti ne cautio duplae praestetur: sed quo casu agente emtore non valet pactum, idem vires habebit jure exceptionis agente venditore. An idem dici possit, aucto postea vel deminuto pretio, non

emt. vendit. (a) L. 7. §. 6. D. de pactis (b), verb: ut et ad *actionem proficiat — nam si potest tota res solvi, cur non et reformari, ut quodam modo renovatus contractus videretur — quasi repetita partis emtione.*

§. 8.

Aliter autem res fuit comparata, si pro eo quod in facto esset dici non posset, novam emtionem vel pro parte intervenisse, tunc enim non id quod dictum est procedere potuit, ne ex pacto actio nasceretur, et id quod non in continenti, sed ex intervallo *extra*

immerito quaesitum est, quoniam emtionis substantia constitit ex pretio. Paulus notat: si omnibus integris manentibus, de augendo vel deminuendo pretio rursum convenit, recessum a priori contractu, et nova emtio intercessisse videtur.

(a) *Pomponius lib. 24 ad Sabinum.* Si quam rem a te emi, eandem rursus a te pluris minorisve emero, discessimus a priore emtione, potest enim, dum res integra est, conventione nostra infecta fieri emtio, atque ita consistit posterior emtio, quasi nulla praecesserit. Sed non poterimus eadem ratione uti post pretium solutum emtione repetita, cum post pretium solutum infectam emtionem facere non possimus.

(b) *Ulpianus lib. 4. ad Edictum.* Adeo autem bonae fidei judiciis exceptiones [al. conventiones, pactiones] postea factae, quae ex eodem sunt contractu, insunt, ut constet, in emtione ceterisque bonae fidei judiciis re non secuta posse abiri ab emtione. Si igitur in totum potest, cur non et pars ejus pactione mutari potest? Et haec ita Pomponius libro sexto ad Edictum scribit. Quod cum est, etiam ex parte agentis pactio locum habet, ut et ad actionem proficiat, nondum re secuta, eadem ratione; nam si potest tota res tolli, cur non et reformari, ut quodammodo quasi renovatus contractus videatur? quod non insuptiliter dici potest. Unde illud aeque non reprobo, quod Pomponius libris lectionum probat: posse in parte recedi pacto ab emtione, quasi repetita partis emtione. — —

naturam contractus contendisset, novas pareret obligationes (a). Quid? si re obligatio contracta fuerit? veluti si hoc in voluntate fuit, ut quod ante sub hac vel illa conditione ex mutuo quis debuit, sub aliis conditionibus nunc idem restituat, ita ut pro veteri illa obligatione nunc nova constituatur. Acceptilatione eamque ex

(a) *L. 7. §. 5. D. de pactis. Ulp. lib. 4. ad Edict.* Quinimo interdum format (pactio) ipsam actionem, ut in bonae fidei judiciis. Solemus enim dicere, pacta conventa inesse bonae fidei judiciis. Sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint; ex intervallo, non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur. Utputa, post divortium convenit, ne tempore statuto dilationis dos reddatur, sed statim: hoc non valebit, ne ex pacto actio nascatur. Idem Marcellus scribit; et si in tutelae actione convenit, ut majores, quam statutae sunt, usurae praestentur, locum non habebit, ne ex pacto nascatur actio, ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant, id est, quae in ingressu contractus facta sunt. Idem responsum scio a Papiniano, et si post emtionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex emto non posse propter eandem regulam: ne ex pacto actio nascatur. Quod et in omnibus bonae fidei judiciis erit dicendum. Sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones. *L. 58. inf. D. eod. Neratius libro 3. Membranarum.* — — Illud plane conventione, quae pertinet ad resolvendum id quod actum est, perfici non potest, ut tu, quod jam ego tibi praestiti, contra praestare mihi cogaris: quia eo modo non tam hoc agitur, ut a pristino negotio discedamus, quam ut novae quaedam obligationes inter nos constituantur. *L. 72. pr. D. cit. conf. L. 6. §. 2. D. od. Pomponius Lib. 9. ad Sabin.* Conditio, quae initio contractus dicta est, postea alia pactione immutari potest, sicuti etiam abiri tota emtione potest, si nondum impleta sunt, quae utrimque praestari debuerunt. L. 7. pr. D. de rescind. vendit. *Paulus Libro 5. quaest.* Si id, quod pure emi, sub conditione rursus emam, nihil agitur posteriore emtione.

continenti subsequente stipulatione nihil actum fuisset; nam accepto non ferri potest, nisi quod verbis colligatum; in iis vero tantum contractibus, qui ex consensu sunt, acceptilatio potestate conventionis (non sua natura) valet. (a)

§. 9.

Plane diversa ratio fuit earum obligationum, quae verbis erant contractae, nam et hae verbis dissolvi potuerunt, nihilque impediebat, ne nova obligatio in locum per acceptilationem ante peremtae continuo verbis, i. e. stipulatione constitueretur; sed et hoc negotium compositum erat et duplici actu fiebat, ideoque simplicius quoddam, quo idem faciliori modo efficeretur, inprimis optabile visum est. Inventus est igitur a ICtis modus tollendi obligationem, quo difficultatibus illis fere omnibus occurreretur et quo omnis omnino obligatio ita tolli posset, ut nova in ejus locum uno eodemque actu substitueretur.

§. 10.

Stipulatio nimirum apud Romanos, licet pro consueto constituendi obligationem modo habeatur, et per se satis firma et efficax causa, certe tamen constat, saepius ex alio negotio substantiam suam cepisse, unde fiebat, ut si in continenti e. g. mutuo accederet, nulla obligatio ex mutuo oriretur, sed sola verborum, quae tamen materiam ex numeratione facta haberet, quo sensu dicitur in

(a) L. 8. §. 3. D. de acceptil. junct. L. fin. eod. et L. 5. D. de rescind. emt. vendit.

Accedit, quod in L. 26. §. ult. tit. jurisjurandi conditio non solum novationi, sed eadem ex causa delegationi aequiparetur, quam vero proprio sensu juramento delato gigni non posse, quisque facile concedet. Quid? quod Paulus quasi incerto animo dicit, jurisjurandi obligationem ex numero esse *posse videri* novandi delegandive. Eodem modo continuo addit: »quamvis habeat et instar judicii", et aliis locis dicitur, jusjurandum pro pacto convento, pro solutione, pro acceptilatione cedere posse. Quare verus sensus L. 26. videtur esse, juramentum simile esse posse novationi, cum scilicet nova conditio ex conventione, quae juramento praecedat, oriatur, ita ut, veteri quaestione relicta, jurisjurandi duntaxat ratio habeatur. Stat igitur sentia haec, nunquam per juramentum veram oriri posse novationem.

Restat L. 7. §. 6. de pact. cit, cujus verba: *ut quodammodo quasi renovatus contractus videatur*, si aliquanto accuratius perpendas, non dubitare poteris, valde diversas esse locutiones has: novatio, et: quodammodo renovatus contractus. Quantum autem re ipsa discrimen sit inter renovationem illam contractus mutuo consensu factam, de qua in L. 7. sermo est, et veram obligationis novationem, infra videbimus.

§. 3.

Sed, inquies, cum Rom. ICti novationem stipulationi tam saepe jungant, hoc ex eo esse, quia usitatum fuerit apud eos, hujus ope illam perficere, nec ideo consequi, hoc perpetuum fuisse Definitionem adeo ipsam novationis, quae in L. 1. pr. D. de novat. invenitur, nullam facere mentionem stipulationis, sed solum requi-

rere; ut nova obligatio loco veteris substituatur. Et haec quidem hodie fere communis interpretum sententia esse videtur. Sed multa me movent, ut ab ea recedam. Etenim clari textus adsunt, è quibus patet, nunquam omnino apud Romanos quod illi novationem simpliciter, nostri voluntariam e L. 29. D. de novat. communiter vocant, factum esse sine stipulatione, eoque primum facit

L. 2. C. de execut. rei jud. Impp. Severus et Antoninus A. A. Justino: *Si causam judicati non novasti, rem judicatam Praeses provinciae etiam pignoribus captis et distractis ad emolumentum perduci jubebit. Quodsi novata causa est, ex stipulatu tibi actio competit, et judice accepto secundum juris formam experire.*

qui locus apertissime sententiam nostram confirmat. Quid enim apertius ad ejus confirmationom afferri potest, quam quod Imperatores rescripserunt, simulac id solum constaret, novatam esse causam, tunc etiam ex stipulatu actionem competere certum esse? Quo modo vero hoc certum esse potuisset, nisi novatione facta etiam stipulationem factam esse necessarium fuisset.

Non minus validum argumentum porro continet

L. 91. §. 6. D. de V. O. Paulus L. 17. ad Plautium: *Effectus hujus constitutionis ille est, ut adhuc homo peti possit. Sed et acceptum ei posse ferre creditur, et fidejussorem accipi ejus obligationis nomine. Novari autem an possit haec obligatio, dubitationis est, quia neque hominem, qui non est, neque pecuniam, quae non debetur, stipulari possumus. Ego puto,*

> *novationem fieri posse, si hoc actum inter partes sit, quod et Juliano placuit.*

Quaerebatur nimirum, an si servus ab eo, qui illum deberet, occisus, et ideo continuata esset obligatio, haec novari posset? Jam quomodo in hac specie dubitatio ex eo depromi potuisset, quod stipulatio hominis, qui non est, non fieri possit, si et citra stipulationem fieri potuisset novatio? Decidit quidem Paulus, illam obligationem novari posse; sed eo commotus, quod, utut vetitum sit, stipulatione fieri posse, ut quis *primo* obligetur, rem dare, quae non est, tamen obligatio vetus talem rem dandi *jam existens* stipulatione in novam bene deduci possit.

His accedit tertio

> L. 6. C. si certum petatur. Dioclet. Maxim. Aristodemo et Proculo: *Si ex pretio debitae quantitatis, facta novatione per stipulationem, usuras licitas ab eo, contra quem supplicas, stipulatus es, falsa mutuo datae quantitatis demonstratio praemissa, cum obligationi substantia non defecerit, quominus usque ad modum placitum usurae possint exigi, nihil nocet. Si vero citra vinculum stipulationis tantum mutuam pecuniam datam conscriptum est, et ejus praestari foenus convenit, simulatis pro infectis habitis, hujusmodi placitum nihil de praecedenti mutavit obligatione.*

Hic duo recensentur negotia, quorum alterum obligationem ad usuras praestandas parit, alterum autem nihil de veteri obligatione mutat, sed potius pro nihilo habetur, neque adeo efficit, ut usurae

debeantur. Ipsa autem ratio, cur in prima specie aliter judicetur, quam in altera, nulla profecto alia est, quam quod hic nulla novatio facta sit, illic secus. Ut autem perspicuum facerent, novationem in secunda Legis specie deficere, suffecit Imperatoribus dixisse, posterius negotium citra vinculum stipulationis gestum fuisse, in quo argumento profecto non substitissent, nisi novationem sine stipulatione omnino esse non posse necessarium duxissent.

§. 4.

Adjuvant deinceps probationem, quam suscepimus

L. 1. 2. D. de novation.

ubi dicitur, omnem praecedentem obligationem novari, et omnes res in novationem transire posse, quia qualiscunque obligatio *verbis* novari et qualescunque res in *verborum obligationem* transire possint;

L. 8. §. 1. D. eod.

quo loco Ulpianus, legata et fideicommissa tunc demum novatum iri, ait, *si in stipulationem fuerint deducta*, et hoc actum, ut novetur;

L. 29. D. eod.

ubi locutiones: (dotem) *in stipulationem deducere* et (tutelae actionem) *novare* fere eandem vim habent;

L. 31. §. 1. m. D. eod.

ubi, ut reus stipulandi debitorem novatione ab altero reo liberet, haec duo desiderari videntur, stipulatum eum esse, et id actum, ut novetur;

L. 34. D. eod.

quo loco Gajus, docens et filio servove jus esse peculiaria debita novandi, has duas solum species distinguit, si ipsi *stipulentur*, si alium *jubeant stipulari*; denique

L. 11. §. 1. D. eod.

qua Lege monemur, delegationem fieri vel per stipulationem, vel per litis contestationem, quare enim hoc delegationi, quae est species novationis, proprium esse, nec potius aequaliter in omni novatione locum habere debeat, ratio reddi non potest.

§. 5.

Firma igitur manet sententia eorum, qui putant, jure Romano voluntariam novationem non nisi stipulatione contingere potuisse. Praecipue eam defendunt Hugo Donellus (a) et Goeddaeus (b). Sed et inter interpretes, qui propius ad notra tempora pertingunt, plurimis haec sententia placuit, quorum tamen plerique jure Canonico rem aliter se habere, contendunt. Nimirum communis interpretum nostrorum schola existimat, postquam invaluerit, ex omni pacto actionem competere, et novationem nuda conventione, ita ut olim stipulatione, perfici posse. Sed me consideratio singularis naturae novationis in adversam trahit opinionem. Hoc pluribus forsan absurdum videbitur, sed quo jure, postea intelligemus, ubi causas aliquanto accuratius inspexerimus, quibus Romani moti ad omnem novationem voluntariam postulaverint opus esse stipulatione.

(a) Comment. L. XVI. cap. 20.

(b) de contrah. et committ. stipulat. cap. 5. no. 90.

§. 6.

Hugo Donellus (a), postquam docuit, non pluribus modis obligationem, qua novatio perficiatur, constitui posse, quam stipulatione et judicio, *vera*, ait, *haec causa est*, *quod nudo pacto obligatio prior civilis non tollitur*, *quae quidem nudo consensu non sit contracta.* Quae vero si unica causa fuisset, confestim exceptionem istam Voetii (b) cogeremur admittere: *nisi obligatio, quae praecessit, talis sit, ut vel natura sua, vel ex jure singulari, per pactum ipso jure tolli possit: ex jure quidem singulari, si civilis furti vel injuriarum obligatio et actio sit (c), ex natura vero sua, si naturalis tantum sit, quippe quae, uti pecuniae numeratione, ita et justo pacto ipso jure tollitur* (d). Sed illud perpetuum esse, stipulationem solam, nec igitur nudam conventionem ad novandum idoneam esse, supra ostendimus, et ex natura ipsa novationis, quam nunc animus est consideratius investigandi, adhuc magis elucescet.

§. 7.

Novatio est modus tollendi obligationem. Ideo in Pandectis et Codice titulus de solut. et liberat. titulo de novat. et delegat. annectitur, in Institutionibus vero titulo de modis tollendi obligat. etiam de novatione tractatur. Tollebantur autem apud Veteres obligationes eodem fere modo, quo constituebantur, propter vul-

(a) l. c.

(b) ad tit. P. de novat. et delegat.

(c) L. 17. §. 1. D. de pactis.

(d) L. 95. §. 4. D. de solution. junct. L. 35. D. de R. J. cf. L. 27. §. 2. de pactis.

gatam illam regulam, eo genere quidque dissolvi, quo colligatum sit (a). Solutione, confusione, compensatione, et quae his sunt similia, omnes omnino obligationes dirimebantur, acceptilatione, quae verbis fiebat, solum eae, quae verbis colligatae erant, mutuo dissensu eae dumtaxat, quae consensu mutuo erant contractae. Sed quos nominavi modi tollendi obligationem per se non ad eum casum spectabant, si hoc ageretur, ut non solum obligatio dissolveretur, sed et nova in locum ejus inter partes constitueretur. Quodsi nihil aliud contendebant, nisi ut loco naturalis obligationis alia poneretur itidem naturalis, hoc facile erat factu, quum qui priorem pacto tollerent obligationem, eodem quoque novam constituere possent, ita ut jam duo existerent negotia, quorum alterum resolvens, alterum constituens, uno eodemque actu diversam suam proderent naturam. Eodem fere modo subveniri potuit, si contractus, cui ex solo consensu vis fuit, re integra in totum aut pro parte quasi renovandus erat, nam et hic emtio, locatio (et quae sunt reliqua) prior eodem actu et consensu dirimebantur, quo nova contrahebatur; mutuus dissensus et novus mutuus consensus eodem negotio perficiebantur; cum novum eligebatur a veteri recedebatur; emtio prior infecta fiebat, et posterior incipiebat consistere, quasi nulla praecessisset, ut est in L. 72. D. de contr. emt. vendit. (b) junct. L. 2. de rescind.

(a) L. 35. D. de R. J.

(b) *Papinianus lib.* 10. *Quaestionum.* Pacta conventa, quae postea facta detrahunt aliquid emtioni, contineri contractu videntur: quae vero adjiciunt, credimus non inesse. Quod locum habet in his, quae adminicula sunt emtionis, veluti ne cautio duplae praestetur: sed quo casu agente emtore non valet pactum, idem vires habebit jure exceptionis agente venditore. An idem dici possit, aucto postea vel deminuto pretio, non

emt. vendit. (a) L. 7. §. 6. D. de pactis (b), verb : *ut et ad actionem proficiat — nam si potest tota res solvi, cur non et reformari, ut quodam modo renovatus contractus videretur — quasi repetita partis emtione.*

§. 8.

Aliter autem res fuit comparata, si pro eo quod in facto esset dici non posset, novam emtionem vel pro parte intervenisse, tunc enim non id quod dictum est procedere potuit, ne ex pacto actio nasceretur, et id quod non in continenti, sed ex intervallo *extra*

immerito quaesitum est, quoniam emtionis substantia constitit ex pretio. Paulus notat: si omnibus integris manentibus, de augendo vel deminuendo pretio rursum convenit, recessum a priori contractu, et nova emtio intercessisse videtur.

(a) *Pomponius lib. 24 ad Sabinum.* Si quam rem a te emi, eandem rursus a te pluris minorisve emero, discessimus a priore emtione, potest enim, dum res integra est, conventione nostra infecta fieri emtio, atque ita consistit posterior emtio, quasi nulla praecesserit. Sed non poterimus eadem ratione uti post pretium solutum emtione repetita, cum post pretium solutum infectam emtionem facere non possimus.

(b) *Ulpianus lib. 4. ad Edictum.* Adeo autem bonae fidei judiciis exceptiones [al. conventiones, pactiones] postea factae, quae ex eodem sunt contractu, insunt, ut constet, in emtione ceterisque bonae fidei judiciis re non secuta posse abiri ab emtione. Si igitur in totum potest, cur non et pars ejus pactione mutari potest? Et haec ita Pomponius libro sexto ad Edictum scribit. Quod cum est, etiam ex parte agentis pactio locum habet, ut et ad actionem proficiat, nondum re secuta, eadem ratione; nam si potest tota res tolli, cur non et reformari, ut quodammodo quasi renovatus contractus videatur? quod non insuptiliter dici potest. Unde illud aeque non reprobo, quod Pomponius libris lectionum probat: posse in parte recedi pacto ab emtione, quasi repetita partis emtione. — —

naturam contractus convenisset novas pareret obligationes (a). Quid? si re obligatio contracta fuerit? veluti si hoc in voluntate fuit, ut quod ante sub hac vel illa conditione ex mutuo quis debuit, sub aliis conditionibus nunc idem restituat, ita ut pro veteri illa obligatione nunc nova constituatur. Acceptilatione eamque ex

(a) *L. 7. §. 5. D. de pactis. Ulp. lib. 4. ad Edict.* Quinimo interdum format (pactio) ipsam actionem, ut in bonae fidei judiciis. Solemus enim dicere, pacta conventa inesse bonae fidei judiciis. Sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint; ex intervallo, non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur. Utputa, post divortium convenit, ne tempore statuto dilationis dos reddatur, sed statim; hoc non valebit, ne ex pacto actio nascatur. Idem Marcellus scribit; et si in tutelae actione convenit, ut majores, quam statutae sunt, usurae praestentur, locum non habebit, ne ex pacto nascatur actio, ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant, id est, quae in ingressu contractus facta sunt. Idem responsum scio a Papiniano, et si post emtionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex emto non posse propter eandem regulam: ne ex pacto actio nascatur. Quod et in omnibus bonae fidei judiciis erit dicendum. Sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones. *L. 58. inf. D. eod. Neratius libro 3. Membranarum.* — — Illud plane conventione, quae pertinet ad resolvendum id quod actum est, perfici non potest, ut tu, quod jam ego tibi praestiti, contra praestare mihi cogaris: quia eo modo non tam hoc agitur, ut a pristino negotio discedamus, quam ut novae quaedam obligationes inter nos constituantur. *L. 72. pr. D. cit. conf. L. 6. §. 2. D. od. Pomponius Lib. 9. ad Sabin.* Conditio, quae initio contractus dicta est, postea alia pactione immutari potest, sicuti etiam abiri tota emtione potest, si nondum impleta sunt, quae utrimque praestari debuerunt. L. 7. pr. D. de rescind. vendit. *Paulus Libro 5. quaest.* Si id quod pure emi, sub conditione rursus emam, nihil agitur posteriore emtione.

continenti subsequente stipulatione. nihil actum fuisset, nam accepto non ferri potest, nisi quod verbis colligatum, in iis vero tantum contractibus, qui ex consensu sunt, acceptilatio potestate conventionis (non sua natura) valebat (a).

§. 9.

Plane diversa ratio fuit earum obligationum, quae verbis erant contractae, nam et hae verbis dissolvi potuerunt, nihilque impediebat, ne nova obligatio in locum per acceptilationem ante peremtae continuo verbis, i. e. stipulatione constitueretur; sed et hoc negotium compositum erat et duplici actu fiebat, ideoque simplicius quoddam, quo idem faciliori modo efficeretur, inprimis optabile visum est. Inventus est igitur a ICtis modus tollendi obligationem, quo difficultatibus illis fere omnibus occurreretur et quo omnis omnino obligatio ita tolli posset, ut nova in ejus locum uno eodemque actu substitueretur.

§. 10.

Stipulatio nimirum apud Romanos, licet pro consueto constituendi obligationem modo habeatur, et per se satis firma et efficax causa, certe tamen constat, saepius ex alio negotio substantiam suam cepisse, unde fiebat, ut si in continenti e. g. mutuo accederet, nulla obligatio ex mutuo oriretur, sed sola verborum, quae tamen materiam ex numeratione facta haberet, quo sensu dicitur in

(a) L. 8. §. 3. D. de acceptil. junct. L. fin. eod. et L. 5. D. de rescind. emt. vendit.

L. 9. §. 3. D. de R. C. (a) contractum re et verbis conjunctim fieri posse. Formam hic impertiit stipulatio, quo factum est, ut quodammodo mutuum eodem quo nascebatur momento, stipulatione consumeretur, et pro infecto haberetur. Hac re via strata erat ad translationem seu transfusionem obligationis jam existentis in stipulationem, qua demum efficiebatur, ut nova obligatio verborum oriretur, quae veterem eo modo in se reciperet atque transferret, ut per se spectata et quoad veterem

(a) Quoniam igitur ex omnibus contractibus, haec certi condictio competit, sive re fuerit contractus factus, sive verbis, *sive conjunctim* — — *L.* 6. §. 1. *D. de novat. Ulpian. lib.* 46. *ad Sabin.* Cum pecuniam mutuam quis dedit sine stipulatione, et ex continenti fecit stipulationem, unus contractus est. Idem erit dicendum, et si antea stipulatio facta est, mox pecunia numerata sit. *L. 7. D. eod. Pomponius libr.* 24. *ad Sabin.* Cum enim pecuniam mutuam datam [pecunia mutua data] stipulamur, non puto obligationem numeratione nasci, et deinde eam stipulatione novari, quia id agitur, ut sola stipulatio teneat. et magis *implendae stipulationis gratia* numeratio intelligenda est fieri. *L.* 126. §. 2. *D. de V. O. Paulus lib.* 3. *Quaestt.* — — quoties pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum. Plane si praecedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum, recessum a naturali obligatione. — — *L.* 3. *D. de rescind. emt. vendit. Paulus L.* 38. *ad Edict.* Emtio et venditio, sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu dissolvitur, antequam fuerit res secuta. Ideoque quaesitum est, si emtor fidejussorem acceperit, *vel venditor stipulatus fuerit*, an nuda voluntate resolvatur obligatio? Julianus scripsit, ex emto quidem agi non posse, quia bonae fidei judicio exceptiones pacti insunt. An autem fidejussori utilis sit exceptio, videndum? Et puto, liberato reo et fidejussorem liberari. *Item venditorem ex stipulatu agentem exceptione summoveri oportet. Idemque juris esse, si emtor quoque rem in stipulationem deduxerit. L.* 6. *C. si certum petat.* vid. pag. 8.

suam formam omnino corrueret et perimeretur, sed in nova illa mutata et tamquam transfigurata perpetuaretur. Ideoque et hic a veteri recedebatur negotio, et novum in ejus locum succedebat, ut tamen illud non absolute tolleretur, sed potius in hoc transiisse et sic quasi novum esse videretur. Inde est, quare hoc singulare negotium Romani *novationem* appellarint. (a)

Inconcinnum hoc forte accidat auribus eorum, qui, qua se efferunt, naturae simplicitatem subtilitatibus illis Veterum multum praeferunt, neque deerunt, qui quas severioris et acerbioris disciplinae reliquias oblivioni dudum traditas gavisi sunt, eas denuo in lucem prodi, rem ridiculam putabunt. Sed non hujus loci est, Romanorum subtilitatem in jure sive inveniendo sive enucleando ab injuria recentiorum vindicare, sed utique rectius mihi videtur, ubi de re a Romanis inventa et ab iis legibus determinata, cujus nos

(a) Quod quidem ita stipulatione et deducendo in verborum obligationem fiebat, idem fere olim, antequam vetus literarum obligatio per desuetudinem abrogaretur, per verba et scripta solennia Romanos efficere potuisse, ex Theoph. paraphr. L. III. tit. 21. discere licet, sed simul dubitari potest, quin hoc novationem dixerint, et certe non semper et ubique hac via uti eos potuisse, neminem fugiet. *Cujacius* vero, cum in Paratitl. ad D. tit. de novation. de novatione per nominum obligationem olim facta sermonem facit, addit exemplum novationis, quae fiat consensu, scilicet in L. 15. D. de R. C. sed hoc exemplum spurium esse, nec, ut alii opinarunt, tale quid inveniri in L. 45. §. ult. mand. optime probavit *Goeddaeus* de contr. et committ. stipul. cap. 5. concl. 7. no. 67. et concl. 8. no. 91 etc. cujus argumenta hic repetere, supervacuum esse videri possit. Consule etiam *Vinnium* quaestt. sell. L. I. cap. 40.

notitiam et intellectum non nisi ab iis accepimus, et quam adhuc hodie ex eo, quod isti constituerunt, in judicium deducimus, sermo est, nos et vestigia Romanorum sequi, nec taedio quodam subtilitatis capti antiqua et nova commiscere debere, ac quae de negotiis nostro tempore obsoletis in jure Romano constituta sunt, ea ad prorsus diversa inter nos usitata negotia transferre. Quod quidem in doctrina de novationibus praesertim factum esse, ex eo, quod paulo post sequetur, sine mora apparebit.

§. 12.

Intellectum enim verbi novationis, uti nos eum constituimus, consentaneum vero esse et rationi juris Romani examussim convenire, jam ex eo patet, quod formulae illae: *prior obligatio transfunditur in posteriorem; quod ante debitum in verborum transfertur obligationem; vetus obligatio deducitur in novam seu in stipulationem; ex pristina causa nova constituitur, ut prior perimatur; res transit in verborum obligationem seu in novam obligationem; pristinam obligationem novare*, et quae sunt reliqua, in titulo P. de novation. et delegation. fere quoquo versu obveniunt, et in reliqua parte corporis J. R., cum de novatione, aut de similitudine quadam cum hac, sermo sit, passim reperiuntur, e. c. in

L. 60. D. de V. O. L. 71. D. pro socio. §. 3. init. J. quib. mod toll. obl.

Neque dissentiunt Graeci, quibus pro novatione (ἀνακαινισμῳ) in usu est vox: *μεταθεσις*, et loco novare non solum *καινοποιειν*, sed et *μεταφερειν*. Sed ne quis dicat, me verba captare, singularia quaedam de novationibus in jure romano inveniri ostendam, quae nullam

omnino explicationem admittunt, nisi ea, qua nos periculum fecimus, ratione res constituatur.

§. 13.

Primum est, quod in

§. 3. I. quib. mod. toll. obl. L. 8. §. 1. L. 14. pr. §. 1. (a) L. 24. (b) L. 31. pr. (c) D. de novation. L. 72. §. 1. D. de solut. (d)

(a) *Ulpian. Lib. 7. disput.* Quotiens quod pure debetur, novandi causa sub conditione promittitur, non statim fit novatio, sed tunc demum, cum conditio extiterit. Et ideo si forte Stichus fuerit in obligatione, et pendente conditione decesserit, nec novatio continget, quia non subest res eo tempore, quo conditio impletur. Unde Marcellus, etsi post moram Stichus in conditionalem obligationem deductus sit, *purgari moram, nec in sequentem deduci obligationem*, putat. §. 1. Sed si quod sub conditione debetur, pure quis novandi causa stipuletur, nec nunc quidem statim novat, *licet pura stipulatio aliquid egisse videatur: sed tunc novabit, cum extiterit conditio.* Etenim existens conditio primam stipulationem *committit, commissamque in secundam [secunda] transfert.* Et ideo si forte persona promissoris pendente conditione fuerit deportata, Marcellus scribit, ne quidem existente conditione ullam contingere novationem, quoniam nunc, cum extitit conditio, non est persona quae obligetur.

(b) *Pomponius Lib. 5. ex Plautio.* Novatio non potest contingere ea stipulatione quae non committitur.

(c) *Venulejus Lib. 3. stipulat.* Si rem aliquam dari sipulatus sum, deinde eandem sub conditione novandi animo ab eodem stipuler, *manere oportet rem in rebus humanis, ut novationi locus sit*, nisi si per promissorem steterit, quo minus daret — —

(d) *Marcellus Lib. 20. Digestor.* Cum Stichum mihi deberes, et in solvendo moram fecisses, sub conditione eum promisisti, pendente ea Stichus decessit; videamus, an, *quia novari prior obligatio non potest*, petitio

traditur, novationem non contingere, si aut vetus aut nova obligatio *sub conditione* contracta sit, *et defecerit conditio*. Qui opinantur, hoc solum locum habere, si non id ipsum novatione partes moliantur, puram obligationem ea, quae conditionem habeat, transmutari, et e converso, plus quam fas est suo indulgent ingenio. Nam quid vulgatius est, quam Lege non distinguente nec nostrum est distinguere? omnes autem, quas dedi, Leges generatim loquuntur, et simpliciter Pomponius in L. 24. cit. dicit, novationem non posse contingere ea stipulatione, quae non committatur (a). Ratio non in occulto erit, si modo intelligas, in novatione non separatim veterem obligationem tolli, et in ejus locum novam constitui, sed illam potius in hanc transfundi, ut ab ea recipiatur. Nam ad hunc finem requiri, neque obligationem, quae transferatur, neque illam, in quam haec transferenda, deficere, nec receptionem fieri posse, si aut recipiens absit aut receptum, nemini dubio fore spero. Quid autem, si, ut dixi, partes hoc praecipue egissent, ut idem quod sub conditione debebatur, hac spreta in posterum pure deberetur, aut e converso, an hic non subveniri potuit? Potuit, sed forsan per ambages, utpote in verborum obligatione per acceptilationem et continuo succedentem stipulationem. Quamvis enim acceptilatio id quod sub conditione debebatur, tunc demum tollebat, si conditio

servi competet ea, quae competeret, si non intercessisset stipulatio? Sed in promptu contradictio est, debitorem, cum stipulanti creditori sub conditione promisit, non videri in solutione hominis cessasse: nam verum est, eum, qui interpellatus dare noluit, offerentem postea periculo liberari.

(a) conf. etiam Theophilum pag. 26. citat.

extitisset (a), tamen hic posterior obligatio separata et per se solum valebat, prior autem vel conditione deficiente omnino non nascebatur, vel nata per acceptilationem corruebat. Secundo loco huc pertinet

> L. 4. de novationibus: *Si usufructus debitorem meum delegavero tibi, non novatur obligatio mea, quamvis exceptione doli vel in factum tutus debeat esse adversus me is, qui delegatus fuerit. Et non solum donec manet ejus usufructus, cui delegavi, sed etiam post interitum ejus videbimus, quia etiam hoc incommodum sentit, si post mortem meam maneat ei usufructus. Et haec eadem dicenda sunt in qualibet obligatione personae cohaerenti.*

quem locum subobscurum vocat Donellus (b). Sed antequam ad explicandam hanc legem accingimur, requisita novationis et delegationis, qualia ex earum natura proficiscuntur, paullo accuratius considerare oportet.

§. 14.

Jam ut illa translatio alterius obligationis in alteram ei substituendam fieri posset, primum reiterationem prioris fieri in posteriori necessario requirebatur, neque enim alio modo haec illam recipere potuisset. At ne iteratio debiti omni vi careret, ut repetitioni aliquid novi inesset, Romani postulabant, et postulabat utique rei natura. Vocabulum: *aliquid novi*, summam rei uno comprehendi verbo utile putans, latiori quam plerumque fieri solet, et in ipso §. 3.

(a) L. 12. D. de acceptilat.
(b) loc. cit.

cit. (a) abrogatum esse, existimo, quamvis sint, qui aliter sentiant, et inter hos viri summi: *Donellus* (b), *Goeddaeus* (c), *Voorda* (d). Et *Donellus* quidem sententiam nostram omnino reprobat ob L. 8. D. de novation., de qua paulo inferius. *Goeddaeus* autem et *Voorda* verba §phi: *Sed si eadem persona sit, a qua postea stipuleris*, ita demum *novatio fit, si quid in posteriori stipulatione novi sit, forte si conditio aut dies, aut fidejussor adjiciatur, aut detrahatur*, de conjecturis solum illis intelligunt, in quibus

processit Constitutio, quae apertissime definivit, *tunc solum* novationem fieri, quotiens hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt; alioquin manere et pristinam obligationem, et secundam ei accedere ut maneat *ex utraque causa* obligatio, secundum nostrae Constitutionis definitionem, quam licet ex ipsius lectione apertius cognoscere.

(a) *Imp. Justinianus A. ad Senatum.* Novationum nocentia corrigentes volumina et veteris juris ambiguitates resecantes, sancimus: si quis vel aliam personam adhibuerit vel mutaverit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendam vel minuendam esse crediderit, vel conditionem seu tempus addiderit vel detraxerit, vel cautionem minorem acceperit, vel aliquid fecerit, ex quo veteris juris conditores introducebant novationes; nihil penitus prioris cautelae innovari, sed anteriora stare et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint. Et generaliter definimus: voluntate solum esse, non lege novandum, et si non verbis exprimatur, ut sine novatione, quod solito vocabulo ἀνευ καινότητος Graeci dicunt, causa procedat; hoc enim naturalibus [naturaliter Hal.] inesse rebus volumus, et non verbis extrinsecus supervenire.

(b) Comment. l. c.

(c) de contr. stipul. cap. 5. no. 97 etc.

(d) Interprett. cap. 39.

tollendis Justinianus in L. 8. C. cit. desudavit, quasi Tribunianus dixisset, si eadem persona sit, tunc semper praesumi novationem, i. e. novari, nisi aliud partes expresserint, si etc. Me vero verba ipsa et nexus omnisque compositio dicti §phi monent, ne tam facile hoc pro vero accipiam. Nam vocula: *ita demum*, nisi abusive dicatur, non idem est, quod tunc semper, aut: omnino tunc, sed fere idem, quod: tunc primo; modo tunc, tunc solum (*Vinnius* ad h. l. pro ea ponit: non aliter). Sic eam etiam in laudato §pho intelligendam esse, oppositio specierum, quae est in verbis: *sed si eadem persona sit*, et illis in pr. §phi: *nam interventu novae personae nova nascitur obligatio*, suadet. In principio scilicet de delegatione aut certe de expromissione sermonem fieri, in confesso est, ut sensus sit, si vice prioris alius debitor substituatur, hoc per se sufficere, ut novatio fiat. In oppositione igitur est: si debitor non mutetur, iteratione debiti novationem fieri non posse (nam per se nihil agitur), nisi quid novi accedat, non vero haec esse potest: si non mutatur, fit novatio cum aliquid adjiciatur, nam idem est in delegatione, in qua perpetuo fit novatio, ergo et si aliquid novi posteriori obligationi insit. Disjunctio latet in eo, quod novatio, ut subsistere possit, requirat, sive interventum novi debitoris, sive ut quid novi adjiciatur sequenti obligationi, quae ambo nos quidem supra una locutione amplexi sumus, nec, ut videtur, injuria, nam et hoc novum dici potest, in ea obligatione, quae priorem recipit, quod habeat alium debitorem. Nec nos movere debet, quod *Theophilus* in paraphr. J. L. 3. tit. 29. §. 3. (a) no. 469. pro: tunc demum fit, habet: τότε γίνεται, tunc fit,

(a) Interpretatur Reitzius: Atque haec quidem, si in aliam personam faciamus novationem, hoc est, quum Primo ante mihi debente venit

nam primo non tantum auctoritatis tribuimus huic interpreti, ut ut maxime ope ejus Tribunianus Institutiones confecerit, ut ex ejus versione textum Institutionum mutemus, deinde neque ab usu loquendi neque a nexu verborum alienum est, imo quae sequuntur suadent, illud: tunc fit, ita accipi, quasi dixerit: tunc fieri *potest*.

Secundus pro eo promittens. Sin autem ab ipso debente mihi stipuler, quaerimus, an fiat novatio? Et ut tibi extrinsecus plenius dicam, si quidem obligatus mihi fuisti ex re vel literis vel consensu aut ex actionibus ex quasi contractu natis, sine controversia novatio est facta. Sed si olim verbis obligatus fuisses, egoque nunc stipuler; *tunc fit novatio*, si quid novi praeter priorem stipulationem stipulationi secundae inditur, forte enim conditio vel dies vel fidejussor adjicitur aut adimitur, aut quantitas etiam adjicitur, nam si adimatur, quoniam prior stipulatio erat decem aureorum, posterior vero quinque, *non fit novatio*, quia illis decem continentur quinque, neque quid novi secunda stipulatio habet.

Quod diximus de adjunctione conditionis, eam facere novationem, ita intelligendum est, ut tunc fiat novatio, quando conditio extitit, nam si defecit, prior obligatio manet. Absurdum enim est dicere, validiorem obligationem, idico scilicet puram, a debili perimi, debilem autem adpello conditionalem, donec conditionis casus pendet.

Quum vero apud veteres constaret, *novationem tunc fieri*, quando novandi animo ad secundam devenissent stipulationem, illud autem in dubio esset, quando novandi animo contrahentes ad eam respiciant, atque aliae nonnullae praesumtiones ab aliis in iisdem introducerentur casibus: ideo omnem controversiam dirimens constitutio Imperatoris nostri edita est, quae aperta definiit, tunc tantummodo novationem fieri, quando hoc ipsum inter contrahentes convenit, se per obligationis prioris novationem ad praesentem venire stipulationem. Eo autem non facto, et prior obligatio in suo statu manet, et altera adjicitur, reusque deinceps ex utraque causa obligatus mihi erit, prout eadem sacra constitutione sancitum est. Haec autem plenius ei discere licet, qui dictam constitutionem legerit.

§. 16.

Sed ut de Goeddaeo dicam, is toto coelo errat, etsi vir alias acutissimi ingenii, cum l. c. no. 99: *Certe*, ait, *veteri jure non dubitabatur per posteriorem esse priorem novatam stipulationem, si diserte hoc expressum erat, itaque tum jus illud non considerabat, essetne plus vel minus in priore vel posteriore obligatione, essetne quid detractum vel adjectum. In manifestis quippe et expressis conjecturis non est locus.* Ubi enim propter rei naturam nihil per posteriorem stipulationem actum est, ibi nec novationem contingere posse, plus quam manifestum haberi debet. Necminus in errore versatur vir doctissimus, existimans, hoc mutatum esse per L. ult. C. h. t., quippe quae nihil aliud praecepit, quam propter id solum, quia hoc vel illud novi praecedenti additum sit obligationi per stipulationem reiteratae, novationem accipiendam non esse, et potius si partes, sese novum pro veteri eligere, non expresserint, duas obligationes fieri, minime autem constituit, novationem tunc quoque procedere posse, si nihil novi posterior contineat obligatio. Idem et *Cujacio* (a) placuisse videtur, quem igitur *Voorda* (b) eam ob causam immerito reprehendit.

His quoque non refragatur L. 8. pr. D. de novation. (c). Nam nihil nos cogit, ut credamus, hunc locum in specie de novatione

(a) Lib. XIX. obs. 36.

(b) loc. supr. cit.

(c) Si Stichum dari stipulatus fuerim, et eum in mora promissor esset, quo minus daret, rursus eundem stipulatus fuero, desinit periculum ad promissorem pertinere, quasi mora purgata.

loqui, cum omni reiteratione veteris debiti quasi moram purgari, etsi posterior obligatio nullius momenti sit, discere liceat ex

L. 14 (a). L. 31. pr. (b) eod. L. 27. §. 1. D. solut. (c).

Quid? quod, sin quoque in L. 8. pr. de novatione quaeri concedamus, tamen nec dissimulandum est, in stipulatione veteris debiti aliquid novi esse, simulac ejus iteratione obligatio ex mora detrahatur.

§. 17.

Utrum autem caeteroqui inter Veteres certi juris fuerit, si obligatio prior stipulatione iteretur, et novi quid, eo quo diximus sensu generaliori, accederet, perpetuo, nisi aliud se velle partes expresserint, novatum esse; an vero de eo solum dubitatum fuerit, quando novum quid continere stipulationem putandum sit, aut quid omnino illae conjecturae seu ambiguitates sibi velint, quibus tollendis Justinianus in L. 8. C. cit. operam dicavit; an denique in §. 3. J. cit. de hac re ante verba: *Sed cum hoc quidem etc.* aliquid scriptum fuerit, id plenius exquirere et totam hanc difficilem et arduam controversiam diligentius excutere, a nostro proposito alienum est. Pauca tamen superaddam, quibus fortitan haec lis, nisi dirimi, tamen quodammodo sopiri possit. Si in verbis haereamus, in d. §. 3. v.: *sed si eadem — quod autem*, pronum est, nihil aliud dictum esse, nisi hoc, nunquam novationem fieri posse, nisi novi quid posteriori stipulationi insit (hoc autem quid sibi velit paulo ante vidimus), neque tamen una indicari, tunc semper fieri novationem, si quid novi etc. Quare non accedimus *Vinnio* (d) qui existimare videtur,

(a) v. pag. 19. (b) v. pag. 19. (c) v. pag. 19.
(d) in Commentar. ad haec verba Inst.

hunc verum eorum sensum esse, ut utrumque significent, quam opinionem, nescio, an sit qui dicat adjuvari verbis quae sequuntur:

quod autem diximus, si conditio adjiciatur novationem fieri,

quibus tamen responderi potest, hic non praecedens ex sequenti, sed contra sequens ex praecedenti, ad quod illud respicit, esse interpretandum, neque usui loquendi adversari, dicere: novationem fieri, pro: novationem fieri posse, quod de loco, ut barbaro vocabulo dicere solent, correspondente in Theophili paraphrasi jam admonuimus. Obstat vero illi opinioni, quod in §. paulo post Tribunianus, hoc dubium fuisse, ait, quando novandi animo in secundam obligationem itum fuerit, et quasdam de hoc praesumtiones alios in aliis casibus introduxisse, quod et eodem fere modo apud Theophilum expressum invenitur. Justinianus quoque jactat, in L. 8. C. de novation. se veteris juris ambiguitates resecaturum, et omnia exempla, quae adfert, species continent, in quibus ideo, quia aliquid novi novae obligationi accesserit, veteris juris conditores introduxerant novationem. Quomodo autem de hac re inter Veteres dubitatio esse potuisset, et tamen constare, fieri novationem, simulac novi quid accesserit, et qui potuissent Tribunianus et Theophilus tam manifesto modo in eodem §pho sibi ipsis obloqui? Nec minor contradictio esset, illud primo haud secus exponere, ac si etiamnum obtineret, et tunc dicere, Justinianum hoc abolevisse. Monstrum sane alere videtur haec compositio §phi: primo dicitur, fieri novationem, simulatque quid novi accesserit, tunc, dubium fuisse inter Ctos veteres, quando novatio accessione novi contingeret, denique hoc a Justiniano ita abrogatum esse, ut tunc demum fieret novatio,

si animus novandi expressus sit, nec omnino eam solum ob causam, quia nova obligatio aliquid novi contineret. Ne conjectura quidem *Voordae* (a), verba §phi: *sed si eadem — detrahatur*, ex Gaji aliusve veteris ICti commentariis profecta esse, omni huic difficultati occurrit, neque enim valde est probabile apud Gajum id pro certo proditum fuisse, quod Justiniano testante olim tam dubium fuit. Id tamen non nego, in locis ab eo laudatis: pr. J. de singulis reb. per fideicomm. rel. (b) et §. 10. J. de fideic. hered. (c), etiam jus antiquum, quasi adhuc obtineret, sed sine adjectione juris novi et sine contradictione quoad illud jus antiquum referri.

§. 18.

Egregie Amplissimus Hugo (d) observavit, in d. §. 3. illum casum neglectum esse, si prior obligatio non ex stipulatu, sed ex alia causa fieret, et a Theophilo l. c. esse suppeditatum. Sed non intelligo, quare hoc casu animus novandi certior sit, quam in caeteris, nec hanc mentem Theophili fuisse, credere possum. Quin potius nexum singularum propositionum hanc esse duco: si in aliam personam facta est novatio, nihil impedit, quo minus fiat novatio, sed idem est, si causa debendi mutatur, ut ecce si quod olim ex re vel

(a) l. c.

(b) Potest autem quis etiam singulas res per fideicommissum relinquere, veluti fundum — —, et vel ipsum heredem rogare, ut alicui restituat, vel legatarium, *quamvis a legatario legari non possit.*

(c) Praeterea intestatus quoque moriturus potest rogare eum, ad quem bona sua vel legitimo jure, vel honorario pertinere intelligit, ut hereditatem suam totam partemve ejus, aut rem aliquam, veluti fundum -- alicui restituat, *cum alioquin legata, nisi ex testamento, non valeant.*

(d) Civil. Magaz. V. III. pag. 429.

literis vel consensu debitum fuit, in verborum obligationem deducitur, nec justa dubitatio est, quin hic novatio fieri possit, etsi nihil novi accedat; sed si quidem nec persona debitoris nec causa debendi mutata sit, atque quod jam stipulatus est, denuo quis stipuletur, tum illud procedit, aliquid novi in posteriori stipulatione requiri, ut novatio contingat (i. e. contingere possit). Rationes hic eaedem fuere, quas supra exposuimus, et diversitas duntaxat in eo est, quod vocula: quid novi, a Theophilo pressius, quam supra a nobis, adhibeatur. Quantum equidem cernere possum, facilius procedere potest, idem quod jam ex alia causa debebatur, jam nunc ex stipulatu deberi, ita ut binae obligationes consistant, una vero soluta et altera solvatur, quam idem pure et idem sub conditione deberi, quamvis utraque obligatio ex stipulatione originem traxerit. Fac enim, qui actionem habet ex emto, de eadem re velle acquirere stricti juris actionem, ita ut electionem habeat, una vero alteram tollat. Interesse ejus posse, vel puer intelligit. Ex eo, quod causa debendi mutata sit, nullus dubito, quin Veteres, ut Justinianus ait, introduxerint novationes, sed Imperator in d. L. 8. C. generaliter vetat, ex praesumtionibus introducere novationem, nec ibi de posteriori stipulatione priori opposita (sit venia verbo) exclusive, sed in summa de antiquis illis novationibus ex Lege loquitur. Porro in ipso d. §. 3, ubi Tribunianus de nova constitutione Justiniani in L. 8. loquitur, non ad verba illa: *sed si eadem — detrahatur*, in quibus de *posteriori stipulatione* mentio fit, respicit, sed ad proxime praecedentia, ita ut simpliciter sit opinio: veteres animum novandi praesumebant alii in aliis casibus, Justinianus omnes has praesumtiones abolevit. At quis dubitabit, quin mutata causa

debendi praesumtionem tantum, minime necessitatem novationis praebuerit? quid enim; si partes expresserint, se velle anteriora, ut Iustinianus sermonem facit, stare et posteriora incrementum illis accedere? Quid impedit, quo minus valeat earum voluntas? Tutius igitur videtur, de omnibus his speciebus novationis, quibus persona debitoris eadem manet, L. 8. C. citatam intelligere.

§. 19.

Stipulationem vero Aquilianam si quis huc trahere vellet, id profecto esset verbis nimis inhaerere, et vim potestatemque Legis contemnere. Illi enim semper extemplo adfixa fuit acceptilatio, dum novatio solum praebuerit formam, minime materiam negotii, quod quidem non tam contractus, quam, ut ita dicam, distractus fuit. Quae, quaero, hic vel minima dubitatio esse potuit, partes obligationes pristinas, imo omnem nexum et omne vinculum obligationis distrahere voluisse, nec de conjectura hic agitur, sed de veritate, dubitationes autem seu ambiguitates et conjecturas seu praesumtiones Imperatorem in L. 8. C. h. t. tollere voluisse, in proclivi est. Sed fortasse de hac re alio aptiori loco consideratius dicam. Interim satis est intellexisse, novationem non fieri posse sine novo, i. e. nisi quid novi sit in posteriori obligatione, in quam prior deducitur.

§. 20.

Alterum requisitum ad novandum necessariae transfusionis magis praecedentem respicit obligationem: desideratur enim, hanc ita esse comparatam, ut in novam transferri possit obligationem. Hoc fere tantummodo quaeri potest in delegatione, i. e. si vice mea

alium reum do creditori, eo modo, ut quod ego debui alius debeat, ego vero liberer a creditore (a). Hoc non aliter nisi per novationem fieri posse, non difficile est intellectu, si formam juris Romani attendas. Obligationes in alias personas transferri, a ratione juris scripti maxime abhorret. Nec, quem non fugit vera cessionis indoles, hanc mihi opponet. Translatio vero obligationis, ut ita dicam, *passiva*, ut persona debitoris solummodo subtrahatur et alia substituatur, obligatio autem maneat eadem et immutata, fere inaudita fuit, et unica exceptio in fideicommissaria hereditate. Nam nec olim in jure cedi potuisse obligationibus neque active neque passive, discimus ex

Ulpiani fragment. tit. 19. §. 14.

ubi scripsit, quodsi postea, quam adita fuerit hereditas, in jure cessa sit, is qui cessit permanet heres, et ob id creditoribus defuncti manet obligatus: debita vero pereunt, id est, debitores defuncti liberantur. Effectum habebat hic cessio in jure hereditatis quoad singula credita, quibus debitores hereditarii obstricti erant heredi, sed ad hos liberandos, minime ad transferendas obligationes. Ut igitur in usufructu, qui personae cohaeret, cessio in jure id solum perficiebat, ut ususfructus ad dominium reverteretur, et res a servitute liberaretur (b), ita eadem in obligationibus tantum ad liberandos debitores valebat. Huc etiam facit

L. 58. §. 1. D. de jure dot.

Unde perspicitur, quam commentitium sit, de praesumtione seu conjectura novationis, quam L. ult. C. de novat. sustulerit seu non

(a) L. 11. pr. D. de novation.

(b) L. 66. D. de jure dot. *Noodt* de usufr. L. II. cap. 10. Cf. Pauli recept. sent. L. III. tit. 6. §§. 28. 32.

sustulerit, in delegatione loqui, quippe quae sine novatione omnino esse non potest. Sed non vacat, hanc olim in scholis nostris protritam quaestionem, quam fere omnes cum illa: an delegatio ipsa sit praesumenda? confuderunt, hic expedire; dicam ergo solum quid res sit.

§. 21.

Obligatio in personam novi debitoris transferri non potuit, attamen in novam obligationem alius debitoris per novationem potuit transferri, hic enim sic mutata et a posteriori recepta tollebatur prior obligatio, id quod erat sive delegatio sive expromissio s. strict. Quaenam igitur causa est, cur, teste Ulpiano in d. L. 4. D. h. t. (a), ususfructus debitoris delegari non possit, et cur, si hoc partes agebant, non novetur obligatio? Ratio in aprico est, si hoc solum intellexeris, nullam novationem esse posse sine transfusione prioris debiti in posteriorem obligationem. Quomodo enim obligatio in aliam deduci potest, ut ab ea recipiatur, nisi idem debitum, seu, ut termino artis apud nos solito utamur, idem objectum obligationis remaneat? quod vero ex obligatione personae creditoris cohaerenti debetur, ita se habet, ut si persona ejus subtrahatur, aliud sit atque aliud debitum. Ususfructus, quem Titio debui, non idem esse potest, quem Cajo debebo a Titio ob id liberatus, nam alius est vitae terminus Titii, alius vitae Caji. Nunc L. 4. cit. aggrediamur. Species ex facto haec fuit: Sempronius debet Titio usumfructum, utputa ex vendito, nec minus Sempronio Cajus usumfructum debet. Nondum constituto usufructu, neque

(a) vid. pag. 21.

quem Sempronio Cajus, neque altero illo, quem Titio Sempronius debet, delegante Sempronio expromisit Cajus, se pro Sempronio creditori Titio usumfructum debiturum, quem antea Sempronio debuerat. Quaerebatur an novatio facta sit? et respondit *Ulpianus*, non esse factam. Movit eum, quod ususfructus, quem prima obligatione debuerat Sempronius, non in posteriorem transierat, expromittebatur enim omnino alius ususfructus, nimirum ad quem praestandum Sempronio Cajus erat obligatus. Nec hoc evertitur ex eo, quod in novatione aliud pro alio quis stipulari possit, ut in solutione aliud pro alio solvi (a) nam ut aliud pro alio in novam obligationem deducatur, ante omnia requiritur, ut *hoc* deduci *possit* in eam obligationem, pro quo aliud est substituendum, eodem modo, quo ut aliud pro alio recte solvatur, postulandum ut hoc vere debeatur. Unde fit, ut haec res potius, si L. 4. decantatam inspiciamus, nostram confirmet sententiam. Eleganter igitur *Donellus* l. c. ait: *si res alia promittitur, eam esse oportet, quae a promissore transire possit ad creditorem*, et deinde: *si de re certa in obligationem deducenda actum est, ea ad creditorem transire posse oportet.*

§. 22.

Firmum igitur maneat, sine translatione prioris obligationis in posteriorem fieri non potuisse novationem, maneat, hanc translationem, si a litis contestatione discesseris (per quam quatenus et quo sensu fieri potuerit illa transfusio veteris debiti in novam obligationem, elegans quidem quaestio est, quam vero hic non tango), propriam fuisse stipulationi, et nec pacto, nec novo contractu consen-

(a) L. 28. D. de nov. L. 44. §. ult. D. de O. et A.

suali, quamquam his alia pro alia obligatione constitueretur, fieri potuisse (a). Non igitur illud Goeddaei (b), alias in hac doctrina tractanda longe argutissimi, omnino probare possum: *Quia vero unumquodque ab eo, quod principaliter ac proprie est, non quod extrinsecus et per accidens, censeri debet, itaque novatio, quatenus est stipulatio, contractus est, nec liberatio eatenus censeri potest, quatenus autem est liberatio, talis est per accidens, neque ab eo propria liberatio dicetur, neque stipulatio, sed stipulatio pactum liberatorium habens, hoc est, vis liberandi non est vi stipulationis, sed vi pacti, quod huic stipulationi inest.* Tametsi enim confitemur, pacta in continenti adjecta stipulationi inesse (c), tamen in novatione nihil tale procedit, hic enim omnino non duo actus, seu, si mavis, partes negotii, dirimens et constituens, distrahens et contrahens, occurrunt, sed una vice, scilicet transfusione praecedentis obligationis in novam per stipulationem, omne consumitur negotium. Stipulationis ergo vi et efficacia fit, ut generatio unius pariat distractionem alterius. Ex quibus consequitur, perfectam esse et absolutam illam definitionem Ulpiani in L. 1. D. de novat.: *novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio*, et fere superflua, quamvis non

(a) Qui praeterea pro contraria opinione proferuntur loci: L. 1. D. de penu leg. et L. 24. D. quando dies legator., nihil ad rem faciunt, nam in iis minime de translatione unius obligationis in alteram, sed unius legati in aliud sermonem esse, nec omne transfusum seu translatum et novationem esse, jam *Goeddaeus* l. c. concl. 7. no. 55. etc. egregie docuit.

(b) l. c. cap. 1. no. 72.

(c) L. 40. D. de R. C.

vituperanda adjectio *Brunnemanni* ad. h. t. P.: *per stipulationem facta transfusio et translatio*, nam haec quidem sine illa fieri non potuit.

§. 23.

Ultimum quaeritur, an et *hodierno jure* res eodem modo se habeat, postquam obtinuit, omnia pacta parere actionem. Sed non video, quid eo sit mutatum. Jure enim, quo utimur, pactum non est stipulatio, minimeque induit singularem naturam et efficaciam stipulationis, sed est contractus consensualis, aut, quod accuratius, effectus habet contractus consensualis, contractu consensuali autem, etsi novam obligationem pro veteri constitui, tamen novationem, quae est natura sua singularis, fieri non potuisse, ex praecedentibus liquidissime patet. Consensu enim, ut vidimus, dirimebatur obligatio, quae fuit ex consensu, et, si hic animus fuit partium, consensu nova pro veteri constituebatur, ita ut novus contractus fieret, prior vero pro nihilo haberetur; sed minime transferebatur prior obligatio in novam, ita ut primum postulatum esset, illam vere existere, et ab hac recipi posse. Quodsi Romani in omni obligatione solo consensu id, quod dixi, perfici posse, credidissent, nunquam introduxissent novationem: quippe quae fuisset plane supervacua. At vero, ut pactum non est stipulatio, quamvis hodie in summa fere idem per id consequi possumus, utque acceptilatio non est pactum remissorium, etsi hoc jam hodie omnis obligatio vel ipso jure dissolvi potest: ita nec omnis constitutio novae obligationis in locum veteris, quae fit conventione, est novatio, quamvis ea nos facile carere possumus, quoniam hodie simplici pacto idem jam efficere licet, cujus causa Romani illa saepius indi-

gebant. Nisi igitur quis novi cupidine captus et hodie velit stipulatione uti, et quaerere: spondesne? ut alter respondeat: spondeo, et quae sint aliae, quibus stipulatio fieri potest, interrogationis et responsionis formulae, et quidem eo animo, ut hac verborum conceptione obligatio existens in aliam deducatur; nullam novationem gignere poterit, quippe quae adeo non magis apud nos frequentatur, quam ipsa stipulatio, acceptilatio et quae sunt similes peculiares juris Romani formae.

§. 24.

Sed regeret quis: cui bono est omnis haec disquisitio? an non tu solum de verbis certas? Quid, quaeso, interest, utrum dumtaxat illam transfusionem unius obligationis in alteram, quae propter nimiam Romanorum in solvendis obligationibus subtilitatem recepta erat, novationem voces, an omni constitutioni novae obligationis pro veteri honorem hujus nominis tribuas? Respondeo: populariter quidem nihil interesse. At cum de usu terminoque artis, et de praxi stabili disciplinae accommodata seu accommodanda quaeritur, plurimum interest. Non desunt enim, quae de singulari illo modo tollendi obligationem, scilicet novatione, jus romanum tradit, et quae usibus nostris male applicantur, quibus illud subtile negotium omnino repudiatur. Non leve exemplum praebet L. ult. C. de novat., et alia supra tetigi. Sed sapientibus sat, nec mei est, paucis his paginis omnem novationum materiam absolvere velle. Quodsi qui erunt, quibus, osoribus omnis antiquitatis, jejunum sterileque hoc tam exiguum doctrinae de novatione fragmentum videatur, mihi equidem solatio erit, hoc ipsum, si quod est,

infortunium aliorum quoque pectora strinxisse, eorumque clarissimorum et doctissimorum virorum, quorum si unquam vellem gloriam appetere, nimiae audaciae foret.

Theses.

1) Contractu intercedente, qui dolum tantum recipit, Lege Aquilia tamen et levissima culpa praestatur.

2) L. 30. §. 3. D. ad Leg. Aquil. et L. 57. D. locati inter se non repugnant.

3) Ut, mutata per delegationem debitoris persona, novatio contingat, non opus est voluntate expressa.

4) In specie L. 5. §. 3. ad Leg. Aquil. sutor ex locato etiam tenetur.

5) Non in omnibus damnis, quae Lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio.

6) In L. 23. de R. J. neque necessaria est, neque probanda verbi: *quidem* (ut vulgo legitur) mutatio in: *quidam* vel *quaedam*.

7) Qui custodiam, non ideo et omne furtum praestare debet.
